

# A Omissão Legislativa na Proteção do Autor Empregado: Critérios Para Superar a Omissão a Partir do Direito do Trabalho Como Direito Fundamental

## The Legislative Omission in Protection of Employee Author: Criteria to Overcome Failure from the Labor Law as Fundamental Right

Luiz Gonzaga Silva Adolfo<sup>a\*</sup>; Flaviano Monteiro Boff<sup>b</sup>; Jéssica Molina Campos<sup>b</sup>; Mariana de Macedo Meurer<sup>b</sup>

<sup>a</sup>Presidente da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS. Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul - RS, da Universidade Luterana do Brasil, Gravataí - RS e Instituto Brasileiro de Gestão de Negócios, Rio Grande do Sul, Brasil.

<sup>b</sup>Escola Superior de Administração, Direito e Economia, Rio Grande do Sul, Brasil.

\*E-mail: gonzagaadolfo@yahoo.com.br

### Resumo

O artigo tem por escopo a breve análise da aplicação dos direitos autorais no campo do Direito do Trabalho, suas falhas e consequências, tais como a omissão, na Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 1998), da proteção ao autor empregado. Faz um sucinto apanhado histórico acerca do Direito do Trabalho e do Direito Autoral, mostrando seu caráter de direito fundamental. Demonstra a lacuna da atual Lei de Direitos Autorais e parte da principiologia e da utilização da analogia à Lei de Propriedade Industrial e à Lei do *Software* como tentativa de solução de tal omissão e informa, ainda, que o anteprojeto de modernização da Lei de Direitos traz um capítulo sobre o tema.

**Palavras-chave:** *Direito do Trabalho. Direitos Fundamentais. Direitos Autorais. Autor Empregado. Princípios. Analogia.*

### Abstract

*This paper analyses the application of copyright in the field of Labor Law, its failures and consequences, like the omission of protection to the employed author in the Brazilian Copyright Law (Law nº. 9.610/1998). It makes a brief historical on Labor Law and Intellectual Property Law showing their characteristic of fundamental right. It demonstrates the omission of the present Copyright Law and uses the principles and the utilization of analogy to the Industrial Property Law and to the Software Law as an attempt at solving such omission, and also informs that the draft of modernization of the Copyright Law brings a chapter of this subject.*

**Keywords:** *Labor Law. Fundamental Rights. Copyright. Employed Author. Principles. Analogy.*

## 1 Introdução

Este artigo, inicialmente, traz um breve apanhado histórico do Direito do Trabalho, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, e mostra a evolução da legislação trabalhista ao longo dos tempos, até chegar à Constituição Federal de 1988, que consagrou o Direito do Trabalho como direito fundamental, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A segunda parte inicia com uma sucinta explanação sobre o Direito Autoral como direito fundamental, mostrando sua evolução histórica no ordenamento jurídico pátrio e alienígena. Na sequência, trata da omissão legislativa na proteção do autor empregado, na Lei nº 9.610, de 1998, com o objetivo de demonstrar os motivos pelos quais foi suprimido o artigo 36 da lei anterior (Lei nº 5.988, de 1973).

O texto finaliza determinando a quem caberia a titularidade dos direitos autorais nas obras criadas nas relações de trabalho e, por fim, aponta as possíveis soluções para a omissão da Lei nº 9.610, de 1998 (Lei dos Direitos Autorais), inicialmente, mediante a utilização dos princípios gerais do Direito e da analogia com a Lei de Propriedade Industrial e, num segundo e principal instante, da Hermenêutica Constitucional para suprir esta lacuna.

## 2 O Direito ao Trabalho Como Direito Fundamental

Não há que se falar em Direito do Trabalho sem antes, sinteticamente, destacar sua gênese. Nos primórdios, o trabalho era tido como um castigo. A palavra “trabalho” origina-se do latim *tripalium*, uma espécie de instrumento de tortura. O trabalho, objeto do Direito do Trabalho, surgiu somente após a consolidação do modo de produção capitalista. Anteriormente, as relações de trabalho caracterizavam-se ou pelo regime escravagista ou pelo servil, ou, ainda, pela autonomia do trabalhador (MARTINS, 2009).

Sobre a evolução do Direito do Trabalho, cabe destacar que diz Delgado (2011, p.87):

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e nos Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre, mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.

Por ser objetivo principal do presente trabalho o direito ao trabalho (autoral) como direito fundamental, passa-se à análise,

a partir da terceira fase do Direito do Trabalho, o período de institucionalização, que se iniciou logo após a Primeira Guerra Mundial. Surgiu o denominado constitucionalismo social, que é a inserção nas Constituições de preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o Direito do Trabalho (MARTINS, 2009).

O direito ao trabalho encontra-se entre os direitos fundamentais de segunda dimensão. Sarlet (2009) assevera que o que distingue tais direitos é sua dimensão positiva, visto que seu principal objetivo é propiciar um direito de participar do bem-estar social, e não mais evitar a intervenção do Estado. Contudo, foi no século XX, especialmente nas Constituições do Pós-Guerra, que esses novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.

A primeira Constituição que tratou do tema foi a do México, em 1917. Fazer constar os direitos dos trabalhadores no rol de direitos constitucionais foi a fórmula jurídica encontrada pelas lideranças sociais para que fossem observados e respeitados, como já o eram, os direitos humanos individuais e políticos (PINTO, 2006).

A segunda Constituição a versar sobre o assunto foi a de Weimar, de 1919. Com o fim da Primeira Grande Guerra, fez-se necessária a intervenção jurídica estatal na economia, para concretizar e garantir direitos políticos, civis e sociais, com a finalidade de assegurar a ascensão e o desenvolvimento social e impedir a exploração humana (PINTO, 2006). A partir de então, vários países constitucionalizaram os direitos trabalhistas, isto é, passaram a tratar do Direito do Trabalho em suas Constituições.

Silva Neto (1998) ilustra os efeitos e a influência da Constituição de Weimar na história do constitucionalismo mundial e da teoria política, servindo esta de exemplo a inúmeras outras que seguiram o modelo social-democrático-intervencionista, inclusive, a Constituição brasileira de 1934.

Também, em 1919, foi criada pela Conferência de Paz, após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho - OIT. Sua Constituição converteu-se na Parte XIII do Tratado de Versalhes. A OIT iria incumbir-se de proteger as relações entre empregados e empregadores no âmbito internacional, expedindo convenções e recomendações nesse sentido. Em 1944, à luz dos efeitos da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou a Declaração da Filadélfia como anexo da sua Constituição. A Declaração antecipou a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos e serviu de modelo para ambas (OIT, [2010]).

A principal função da OIT é proteger o trabalhador. Tal proteção demanda a realização da justiça e do desenvolvimento social e a promoção da dignidade da pessoa humana. A pessoa que trabalha deve ser respeitada e valorizada para que seja, efetivamente, resguardada (ESPADA, 2008).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos tornaram-se uma legítima preocupação internacional. Surgiram, então, a Organização das Nações Unidas, em 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Tal Declaração, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob forma de resolução, ou seja, sem força de lei, trouxe como objetivo principal o respeito à dignidade humana, consagrando valores básicos universais. A única e exclusiva condição para a titularidade de direitos constantes na Declaração Universal é a condição de pessoa (PIOVESAN, 2010).

No que concerne aos direitos dos trabalhadores, a referida Declaração previu alguns direitos, tais como: limitação razoável do trabalho, férias remuneradas periódicas, repouso e lazer.

Em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, passou a

incorporar os dispositivos da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. Os direitos sociais, econômicos e culturais, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva (PIOVESAN, 2010, p.178).

O caráter multidimensional do direito fundamental ao trabalho abarca prestações negativas (respeito à liberdade dos trabalhadores) e prestações positivas por parte do Estado.

O Pacto em questão previu, dentre outras coisas, o direito ao trabalho e à justa remuneração capaz de proporcionar, no mínimo, um salário equitativo e uma remuneração igual por trabalho de igual valor, a segurança e a higiene do trabalho, descanso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, além de remuneração dos feriados (BRASIL, 1992).

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) também dispõe sobre a questão (FONSECA, 2006, p.163):

#### Artigo 6

##### Direito ao trabalho

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.
2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, tendo a dignidade da pessoa humana como valor fundamental e fim primeiro da ordem jurídica constitucional, consagrando-a como um dos

fundamentos do Estado Democrático de Direito. A dignidade humana é bem mais que um valor preservado pela Constituição Federal; é, em verdade, um princípio norteador que protege e é protegido (PINTO, 2006).

A Carta Magna trouxe avanços significativos em relação à tutela dos direitos fundamentais, sobretudo garantias e remédios constitucionais, e dos chamados direitos sociais. Em um Estado Social de Direito, que tem por objetivo a melhora das condições de vida dos hipossuficientes, visando à realização da igualdade social, é obrigatória a observância das liberdades positivas, ou seja, dos direitos sociais (PAULO; ALEXANDRINO, 2009).

Dentre os direitos sociais previstos constitucionalmente, destacam-se, para fins deste estudo, aqueles dispostos nos artigos 7º a 11º, quais sejam, os direitos trabalhistas.

Cabe destacar que, entre os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal, encontra-se o direito ao trabalho, porém nem o artigo 6º nem o artigo 7º apresentam norma expressa conferindo tal direito. Ele, contudo, ressaí do conjunto de normas sobre o trabalho presentes na Constituição.

É de se observar que o inciso IV do artigo 1º é expresso em afirmar que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho; o artigo 170 estatui que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho, e o artigo 193 dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Isso tudo no sentido de se reconhecer o direito social ao trabalho como condição de efetividade da existência digna e da dignidade da pessoa humana, também base da República Federativa do Brasil (inciso III do artigo 1º) (SILVA, 2005).

No Brasil, nos termos do supracitado inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, para que um direito seja fundamental, é necessário que concretize o princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito (ACCIOLY, 2010).

Finalizando este intróito, com base em Fonseca (2006), pode-se concluir que o direito ao trabalho é considerado como direito fundamental no ordenamento jurídico, já que, na sua classificação, é elencado no rol do artigo 6º do Capítulo II, do Título II, ou seja, no catálogo de direitos da Constituição de 1988.

### **3 O Direito do Autor Como Direito Fundamental e a Omissão da Proteção do Autor Empregado na Lei nº 9.610, de 1998**

O direito autoral como direito fundamental está previsto na Constituição Federal, no inciso IX do artigo 5º: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença”; e, ainda, em seu inciso XXVII, lê-se: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Comparado com outros direitos, o direito autoral foi, recentemente, normatizado no ordenamento jurídico nacional e internacional. Conforme expresso na Declaração Universal dos

Direitos Humanos, é sustentado como um direito humano, da mesma forma que está disposto dentre os Direitos Fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil. Embora as prerrogativas morais e patrimoniais do autor não estejam expressas na Constituição, elas podem ser reconhecidas por meio da interpretação das normas e acordos internacionais de que o Brasil é signatário, a exemplo da Convenção de Berna. Além das normas e dos acordos internacionais, os princípios jurídicos, como o da proporcionalidade, são meios de gerenciar eventuais conflitos entre direitos (AVANCINI, 2009).

A Lei nº 5.988, de 1973, que regulava os direitos autorais até a vigência da Lei nº 9.610, de 1998, trazia previsão expressa de proteção ao autor empregado em seu artigo 36, *in verbis*:

Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

A Lei nº 9.610, de 1998, no entanto, foi omissa ao tratar especificamente do direito do autor empregado, mas, no artigo 22, previu que pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

Nos casos em que o autor é empregado, cria obras previstas na legislação e não é ressarcido por sua criatividade, deve buscar compensação mediante o Poder Judiciário. Nesse sentido, transcreve-se jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

EMENTA: Invenção softwares autoria - Justa remuneração - Leis nº 9.279/96 e 9.609/98 - Violações não configuradas.

1. Tendo Acórdão Regional registrado que o Reclamante, embora contratado para exercer a função de escriturário, exerceu atividade inventiva em prol da Reclamada, desenvolvendo “softwares”, tem-se por adequada aplicação do disposto no §2º do art.91 da Lei 9.279/96, também conhecida como Lei da Propriedade Industrial, a fim de lhe garantir uma justa remuneração pelo invento.

2. Com efeito, estando a matéria disciplinada por dois instrumentos legislativos, um específico, a Lei do Software (Lei 9.609/98), outro geral, a Lei da Propriedade Autoral (Lei 9.279/96), também aplicável, no que for compatível aos casos de criação de Programas de Computador, não só por serem reconhecidos mundialmente como uma obra intelectual, como também e, sobretudo, por força do art. 2º da Lei 9.609/98, segundo o qual “o regime de proteção à propriedade intelectual de Programa de Computador é o conferido às obras literárias pela legislação de Direitos Autorais”.

3. Por outro lado, o art. 4º, da Lei 9.609/98, ao preceituar, em seu “caput”, que, “salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos”, regula a hipótese em que o empregado é contratado especificamente para desenvolver programas de computador em prol da sua empregadora, ou

seja, trata da situação em que a criação de “softwares” faz parte do conteúdo ocupacional do trabalho executado pelo obreiro, o que, conforme expressamente registrado pelo Regional, não é o caso dos autos. (Processo nº TST-RR-7200-68.2004.5.13.0022, firmado por assinatura eletrônica, em 23/02/2011, pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006.) (BRASIL, 2011).

Da leitura do Projeto de Lei nº 5.430, de 1990, depreende-se que a redação dada pela emenda de plenário no 2, referente ao projeto de lei, enseja muitos problemas. O projeto afirma que é um retrocesso em relação à Lei nº 5988/73, que estabelece (art. 36) a propriedade comum dos direitos patrimoniais entre autor/empregado (BRASIL, 1997).

O texto do Projeto de Lei nº 5.430, de 1990, é esclarecedor no que concerne à omissão legislativa referente ao direito autoral nas relações de trabalho. Entendem os parlamentares que, sendo o direito patrimonial prerrogativa exclusiva do autor conforme a Constituição Federal, deve a Lei Autoral adotar como princípio tal privilégio e, somente depois, abrir a possibilidade de transmissão a terceiros. A redação original do artigo tolerava a interpretação inadmissível de que, assinando um contrato de prestação de serviço, estaria o autor renunciando a seus direitos de autor. Nessa trilha, o contrato seria considerado uma ameaça à propriedade intelectual quando, em verdade, deveria ser uma garantia ao autor (BRASIL, 1997).

#### 4 Alguns Critérios Para a Solução da Lacuna de Não Previsão da Tutela ao Autor Empregado

Princípios são formas de solucionar o problema da omissão, pois, assim como as regras, são normas jurídicas. Contudo, os primeiros, que são normas generalíssimas dentro do sistema, desempenham uma função distinta daquela exercida pelas regras no mesmo contexto normativo: estas detêm a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se amoldem às figuras típicas por elas descritas (LIMA, 2002).

O princípio, enquanto “mandamento nuclear de um sistema”, exerce a importante função de fundamentar a ordem jurídica em que se insere, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram o sistema busquem, na principiologia constitucional, “o berço das estruturas e instituições jurídicas”. Quanto aos valores, princípio é como “a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p.254).

O Supremo Tribunal Federal vem, aos poucos, captando essa dimensão funcional dos princípios, conforme se observa no voto do Ministro Celso de Mello, proferido na PET-1458/CE (BRASIL, 1998):

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais

ou coletivos – introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder.

Ferreira Filho (1991, p.73-74) resume em três as classificações utilizadas pelos juristas:

Os juristas empregam o termo ‘princípio’ em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam ‘supernormas’, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que, por isso, são ponto de referência, modelo para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas – ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último seriam generalizações obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias.

Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva, e no derradeiro a conotação é descritiva: trata-se de uma ‘abstração’ por indução.

Neste ponto, é imprescindível o questionamento sobre a quem caberia a titularidade dos direitos autorais sobre as obras criadas em função de relações de trabalho: ao empregador, que arcou com as despesas, usufruindo assim do direito de exploração, ou seus direitos estariam restringidos apenas à utilização da criação resultado do serviço prestado, ficando o empregado com os direitos de criação?

Primeiramente, cabe esclarecer a quem pertence a titularidade originária nos direitos autorais. Conforme o artigo 11 da Lei no 9.610, de 1998, “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”, com exceção nas obras coletivas, em que se admite a titularidade oriunda de pessoa jurídica. Além da titularidade originária, há aquela derivada, que é o emprego de alguns direitos, originariamente, pertencentes ao criador, que são transmitidos a pessoas físicas ou jurídicas por intermédio de negócios inter vivos ou mortis causa (PINHEIRO, 2008). Cabe lembrar que não existe necessidade de registro para que se atribua titularidade de direitos.

A obra intelectual é um modo de exteriorizar uma criação do espírito (ASCENSÃO, 2007). Por isso, os progressos científicos ou tecnológicos não interferem na delimitação do objeto do Direito Autoral, já que, independentemente desses avanços, a obra intelectual sempre será exclusivamente humana.

Costuma-se ouvir que algumas pessoas adquiriram os direitos autorais sobre determinadas obras. Um engano. O direito do autor não se compra. O que ocorre é uma cessão de um ou de vários direitos patrimoniais do autor, nunca o direito que o autor tem sobre a obra (PINHEIRO, 2008). Perfectibilizado o contrato de cessão dos direitos patrimoniais, o criador não deixa de ser o autor da obra; ninguém adquire direitos de autor por contrato. Afinal, são direitos morais do autor, sendo assim inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, perdurando durante toda a sua vida e, até mesmo, alguns deles, após sua morte.

A Lei nº 9.610, de 1998 (Lei de Direitos Autorais – LDA), é omissa quanto ao direito autoral na relação de trabalho, ao contrário da legislação anterior (Lei nº 5.988, de 1973), que



prescrevia a cotitularidade entre contratante e contratado, salvo acordo em contrário. Resta, assim, a aplicação da regra geral que é a atribuição da titularidade originária, vedando a apropriação do contratante da obra criada por seu empregado.

Cabe destacar o que seria uma relação de trabalho: ela nada mais é do que uma relação jurídica entre o empregador e o empregado. Este pode prestar serviços de ordem física ou intelectual, com ou sem remuneração, isto é, a prestação do trabalho humano pode ser estabelecida por um contrato ou não, envolvendo pagamento pelo serviço ou não.

Diante deste quadro, a possível solução para suprir tal lacuna na lei é considerar a ponderação de princípios e a analogia com a Lei da Propriedade Industrial a partir do artigo 91, que reconhece a copropriedade, a invenção realizada na constância do contrato de trabalho, que pertencerá também ao empregador.

Veja-se, primeiramente, o que seria uma lacuna na lei: é um “espaço em branco”, algo que ficou vazio no ordenamento legislativo. Sendo assim, é a inexistência de uma norma jurídica aplicada in concreto. A lacuna ocorre quando uma lei é omissa ou falha em relação à determinação do caso. No caso do direito autoral na relação de trabalho, a lei é incompleta, a lacuna do Direito é uma deficiência do sistema jurídico (ENGISH, 1983).

A própria lei dispõe sobre os meios que se pode utilizar para o preenchimento da lacuna existente, como se verifica na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º. Afinal, não pode ficar sem solução o caso concreto posto à apreciação do Judiciário.

A analogia é a existência da ideia de semelhança ou similitude. Consiste em aplicar a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundado na identidade do motivo da norma e não na identidade do fato (DINIZ, 1991).

O fundamento da aplicação da analogia é o princípio da igualdade, de forma que a lei deve tratar igualmente os iguais na exata medida de sua desigualdade.

Alguns doutrinadores estabelecem uma divisão à analogia, classificando-a em analogia legis e analogia iuris. A analogia legis é a aplicação de lei a caso similar por ela previsto, ou seja, parte de um preceito legal e concreto e faz sua aplicação aos casos semelhantes (PRADO, 1997). A analogia iuris é uma espécie de união de dois métodos lógicos: a indução e a dedução. A partir dos casos particulares, obtém-se uma generalização da qual resultam princípios, os quais se aplicam, então, dedutivamente, a outros casos. É um raciocínio quase lógico (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

Partindo-se para outra solução, a dos princípios jurídicos, logo se percebe que o termo princípio não é de fácil definição, uma vez que pode ser utilizado em vários contextos e com diversos significados. Muitas ciências valem-se da palavra princípio em suas definições, mas cada qual sob sua óptica.

Princípio pode ser considerado uma norma abstrata que

expressa um valor fundamental de qualquer sociedade, servindo, assim, de base para o ordenamento jurídico, limitando as regras que se relacionam com ele e integrando as lacunas normativas existentes. É utilizado para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos.

Pode-se dizer que os princípios possuem, entre outras, as funções normativa, integrativa e interpretativa.

Reza o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito”. Neste caso, quando há lacuna, ela pode ser suprida pela utilização dos princípios. Dessa forma, o aplicador do Direito deverá perquirir os princípios e valores que norteiam a formação do ato legislativo. Cabe esclarecer que norma é o gênero do qual os princípios e as regras são espécies.

Enfim, a via de resolução de eventual conflito entre o autor/empregado e o empregador aqui apresentada pode estar, inicialmente, na utilização da analogia e dos princípios gerais de Direito. Portanto, ainda que inexistam uma norma jurídica aplicável ao caso concreto, o juiz deverá se apropriar de outros meios para solucionar tal conflito, beneficiando-se, assim, dos métodos de integração da norma jurídica, tais como a analogia e os princípios gerais do conflito, como é o caso.

A solução aqui proposta não envolve, em princípio, os contratos de trabalho ou de prestação de serviço de artistas e técnicos em espetáculos de diversão. Legislação (Lei nº 6.533, de 1978) e disciplina própria tornaram vedada a transferência do direito conexo desses titulares quando sujeitados a contrato de trabalho ou prestação de serviços. Não se pode negar a incongruência legislativa de admitir a cessão de direito do autor e, ao mesmo tempo, proibir a cessão de direito conexo, mas há que se entender que a regra é especial (PINHEIRO, 2008).

Com relação ao software, pertence, originalmente e exclusivamente, salvo convenção em contrário, ao empregador, ao contratante de serviços ou a ente público (artigo 4º da Lei nº 9.609, de 1998).

Por fim, é importante enfatizar que o Anteprojeto de modernização da Lei de Direitos Autorais que está em tramitação insere um capítulo, intitulado “Da Obra Decorrente de Vínculo Estatutário ou Contrato de Trabalho”, que virá suprir a lacuna existente na lei em vigor. Da exposição de motivos da revisão da legislação, destaca-se:

A lacuna correspondente ao tema ‘obra decorrente de vínculo empregatício é uma das maiores fontes de incerteza na lei em vigor. Assim, os direitos patrimoniais das obras produzidas diretamente relacionadas ao vínculo de trabalho pertencerão ao seu autor, garantido, porém ao empregador uma autorização exclusiva de uso das obras criadas no estrito cumprimento das atribuições e finalidades decorrentes de vínculo estatutário ou contrato de trabalho. Excepciona-se, entretanto, as proteções já previstas em leis especiais, como ocorre com os autores e artistas cujo exercício profissional é regulado pelas Leis 6533/78 e 6615/78, assim como os arquitetos e engenheiros, pela Lei 5194/66. Da mesma maneira, são previstas ressalvas para os casos de obras produzidas para instituições de ensino e pesquisa (BRASIL, 2011).

## 5 Conclusão

Tanto o direito ao trabalho quanto o direito do autor são direitos fundamentais elencados na Carta Magna, e ambos devem ser protegidos de acordo com essa prerrogativa. Não há como estipular hierarquia entre direitos fundamentais. No caso concreto, havendo colisão entre princípios, há que se fazer uma ponderação entre eles.

A Lei nº 9.610, de 1998, não confere ao empregado a mesma proteção que lhe concederam as Leis de Propriedade Industrial e a Lei do Software. Não havendo proteção específica ao autor nas relações entre empregado/empregador, e ela não sendo objeto do contrato de trabalho, há que ser levada em consideração uma possível solução para esta lacuna. O operador do Direito poderá valer-se de dois métodos de integração da norma jurídica para o caso concreto: a analogia com a Lei de Propriedade Industrial a partir de seu artigo que confere o direito de copropriedade e a utilização dos princípios, um campo mais amplo que busca suprir a insuficiência do Direito Positivo. Antes mesmo da utilização da analogia, que é um ferramental eficaz, porém conservador, de preenchimento das lacunas, é necessário ter firme e claro como visão hermenêutica e concretizadora qual principiologia emana da Constituição Federal no que concerne à proteção efetiva e social dos trabalhadores. Nesse aspecto, também, como em todos os instantes de interpretação, já há a “resposta certa” por meio de um processo de pré-compreensão. Ela somente pode estar na tutela estatal concreta e pontual dos autores empregados, que não podem ficar totalmente à mercê do maior poder de seus contratantes, mas merecem tutela adequada por força de prestações positivas do Estado.

Estes dois primeiros instantes, então, são hermenêuticos.

No segundo momento, apesar da utilização cabível e esperada do ferramental interpretativo próprio, enfatizam-se as necessárias e imprescindíveis reformas legislativas que o tema reclama. Importante passo será dado, nesta seara, com a aprovação do anteprojeto que prevê significativas alterações para a atualização da Lei de Direitos Autorais no que concerne ao tema “obras decorrentes de vínculo empregatício”. A previsão expressa na lei de artigos que regulem tal situação é imprescindível para a proteção do autor nas relações de trabalho, garantindo-lhe direitos morais e patrimoniais sobre sua obra, ficando resguardada ao empregador “uma autorização exclusiva de uso das obras criadas no estrito cumprimento das atribuições e finalidades decorrentes de vínculo estatutário ou contrato de trabalho”.

## Referências

- ACCIOLY, G.T. Direito fundamental ao trabalho e implicações no plano processual. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17282/direito-fundamental-ao-trabalho-e-implicacoes-no-plano-processual>>. Acesso em: 22 maio 2011.
- ASCENSÃO, J.O. Direito autoral. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- AVANCINI, H.B. O Direito Autoral na perspectiva dos direitos fundamentais: a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor. Porto Alegre, 2009. 319 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto

Alegre, 2009.

- BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso de direito administrativo. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 5.430/90 – Emenda Modificativa. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 6 dez. 1997.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Cultura. Exposição de motivos para a revisão da legislação. 2011. Disponível em: <[http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/Exposicao\\_motivos\\_Revisao9610.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/Exposicao_motivos_Revisao9610.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2011.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais – Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em: 1 jun. 2011.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. PET-1458/CE. Brasília, 26 de fevereiro de 1998. Diário da Justiça, Brasília, 4 mar. 1998.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RR-7200-68.2004.5.13.0022. Firmado por assinatura eletrônica, em 23 de fevereiro de 2011, pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 16 maio 2011.
- DELGADO, M.G. Curso de direito do trabalho. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DINIZ, M.H. As lacunas no Direito. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ENGLISH, K. Introdução ao pensamento jurídico. 6.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.
- ESPADA, C.M.F. O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, M.G. Direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Amauri Mascaro do Nascimento. São Paulo: LTr, 1991.
- FONSECA, M. H. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. 2006. 373 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. 2006.
- LIMA, G.M. As funções dos princípios constitucionais. Jus Navigandi, Teresina, v. 7, n. 54, 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2624/as-funcoes-dos-principios-constitucionais/1>>. Acesso em: 2 jun. 2011.
- MARTINS, S.P. Direito do trabalho. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho. História. [2010]. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 22 maio 2011.
- PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. Direito constitucional descomplicado. 4.ed. São Paulo: Método, 2009.
- PINHEIRO, L.A. Titularidade da obra criada por autor empregado. In: ADOLFO, L.G.S.; MORAES, R. (Coord.). Propriedade Intelectual em perspectiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229-235.
- PINTO, A.P. Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal. São Paulo: LTr, 2006.
- PIOVESAN, F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PRADO, L.R. Argumento analógico em matéria penal. Revista de Ciências Jurídicas, Maringá, n. 1, p. 160-172, 1997.
- SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, J.A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA NETO, M.E. Curso de direito constitucional do trabalho. São Paulo: Malheiros, 1998.